



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND
 Förvaltningsrättsnotarien
 K Medvedev

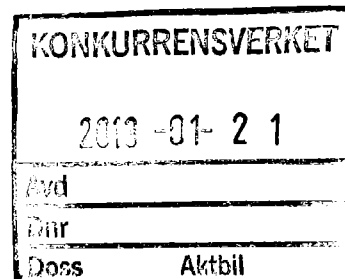
DOM
 2013-01-17
 Meddelad i
 Härnösand

Mål nr
 2885-12 E

SÖKANDE

Heta arbeten Tak & Energi P. Westner AB, 556769-9706
 Södra Gröngatan 25
 831 35 Östersund

Ombud: Mats El Kott
 Prästgatan 31 B
 831 31 Östersund



MOTPART

Östersundshem AB, 556528-1648
 Rådhusgatan 29
 831 35 Östersund

Ombud: advokaten Per-Ola Bergqvist och jur. kand. Jesper Buhrman
 Box 7229
 103 89 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 49282

Postadress
 Box 314
 871 27 Härnösand

Besöksadress
 Backgränd 9

Telefon
 0611 - 34 98 00

E-post:
 forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
 0611 - 34 98 10

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Östersundshem AB (Östersundshem) genomför en upphandling av renovering av yttertak på totalentreprenad i kvarteret Bakplåten i Torvalla, Östersund (uppdraget). Upphandlingen genomförs med tillämpning av förenklat förfarande enligt LOU. I tilldelningsbeslut den 17 augusti 2012 tilldelades Heta arbeten Tak & Energi P. Westner AB (bolaget) uppdraget. Tilldelningsbeslutet återkallades den 24 augusti 2012. I ett nytt tilldelningsbeslut den 6 september 2012 beslutade Östersundshem att i stället anta ett anbud från Attacus Bygg AB (Attacus).

YRKANDEN M.M.

Heta arbeten Tak & Energi P. Westner AB ansöker om överprövning av tilldelningsbeslutet och yrkar att förvaltningsrätten i första hand ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett och i andra hand att upphandlingen görs om. Bolaget anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. I förfrågningsunderlaget upprättat den 21 maj 2012 begärde Östersundshem in anbud avseende det aktuella uppdraget. Som sista anbudsdag angavs den 15 augusti 2012. Vid anbudsöppningen den 17 augusti 2012 fanns tre ingivna anbud i den aktuella upphandlingen. Vid anbudsutvärderingen konstaterade Östersundshem att bolagets anbud var det mest fördelaktiga. Tilldelningsbeslutet meddelades samma dag. Dagen därpå informerade Östersundshem bolagets verkställande direktör om att det i postfacket hos en ansvarig handläggare fanns ytterligare ett anbud. Handläggaren hade själv öppnat anbudet samma kväll och funnit anbudet vara mer ekonomiskt fördelaktigt än bolagets. Anbudet kom från Attacus.

Den 24 augusti 2012 meddelade Östersundshem ett nytt tilldelningsbeslut där de tre första bolagen angavs som leverantörer. I tilldelningsbeslutet angavs att anbudet från Attacus lämnats in till kundtjänsten den 15 augusti 2012, varvid det antecknats som mottaget den dagen. Attacus anbud inkomststämplades emellertid först den 16 augusti 2012. Den 6 september

2012 meddelade Östersundshem ett tredje tilldelningsbeslut rörande samma upphandling varvid Attacus tilldelades uppdraget.

Mot bakgrund av vad som anförts bör Attacus anbud anses vara för sent ingivet till Östersundshem eller i vart fall inte uppfylla kraven för ett i rätt tid och i rätt form ingivet anbud. Anbudet ska därför enligt bolagets mening uteslutas från anbudsutvärderingen. Attacus är ett företag vars företrädare är mycket vana vid offentliga upphandlingar. Det är därför inte sannolikt att Attacus skulle godkänna att ett personligt inlämnat anbud bekräftas endast med handskrivet datum och tid utan signatur. Om ett anbud skulle kunna godkännas på detta sätt så försvinner enligt bolagets mening all garanti för att reglerna om ingivande av anbud följs. Rättelse av tilldelningsbeslutet ska därmed ske på så sätt att anbudsutvärderingen endast omfattar de första tre anbuden. I fall förvaltningsrätten skulle finna att Attacus anbud ska omfattas av utvärderingen så anser bolaget att upphandlingen ska göras om då det aktuella anbudet inte har öppnats av två personer tillsammans med de första tre anbuden.

Bolaget ifrågasätter även att rättegångsfullmakten som Östersundshems ombud har givit in i målet uppfyller kraven på en giltig fullmakt då den endast är undertecknat av bolagets externa VD.

Östersundshem bestrider bifall till ansökan samt anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Sista dagen för ingivande av anbud i den aktuella upphandlingen var den 15 augusti 2012. Anbud fick inges såväl via ordinarie post som personligen. Normalt går mottagandet av anbud till på så sätt att anbuden registreras som inkomna varefter de sedan läggs i ansvarig handläggares postfack. På torsdagsmorgonen den 16 augusti tömde ansvarig handläggare sitt postfack och fann tre anbud i den aktuella upphandlingen. Anbudsöppningen av de tre anbuden ägde rum omkring kl. 15.00 fredagen den 17 augusti 2012 i närvaro av två handläggare som utsetts av Östersundshem. Direkt efter anbudsöppningen genomfördes en

utvärdering av anbudet varpå ett tilldelningsbeslut meddelades kl. 16.28 samma dag med bolagets anbud som vinnare.

Vid kl. 18.00 den 17 augusti upptäckte en av de ansvariga handläggarna ytterligare ett kuvert i sitt postfack. Handläggaren bröt kuvertets förseglning. Efter att handläggaren samma kväll konstaterat att det var ett anbud från Attacus i den aktuella upphandlingen återförslöts kuvertet. Det är emellertid felaktigt att handläggaren samma kväll gjorde en bedömning av anbudets ekonomiska fördelaktighet eller liknande. Den 20 augusti 2012 konstaterade Östersundshem att Attacus anbud avlämnades i kundtjänstens reception den 15 augusti 2012, varvid det antecknades som mottaget denna dag. Mot bakgrund av förvaltningsrättsliga principer ansågs anbudet som ingivet inom anbudsfristen. Anbudet hade dock hämtats av den interna postverksamheten och inkomststämplades av denna först den 16 augusti 2012. Den kompletterande anbudsöppningen genomfördes måndagen den 20 augusti 2012 av två handläggare som utsetts av Östersundshem. Dagen därpå kontaktade Östersundshem bolagets verkställande direktör och informerade honom om att ytterligare ett anbud hade hittats och att anbudsvärderingen därför måste göras om. Någon information om att det återfunna anbudet skulle vara fördelaktigare eller liknande lämnades inte i samband med den aktuella kontakten. Den 24 augusti 2012 beslutade Östersundshem att återkalla tilldelningsbeslutet genom en självrättelse. I självrättelsen angav Östersundshem skälen för återkallelsen. I ett nytt tilldelningsbeslut den 6 september 2012 tilldelades Attacus uppdraget då deras anbud befanns vara det mest ekonomiskt fördelaktiga.

Det kan förvisso anföras att det enligt 15 kap. 11 § LOU inte går att rätta en anbudsöppning på det ovan redovisade sättet. Syftet bakom den aktuella bestämmelsen är emellertid att anbud inte får öppnas löpande efter att de kommit in till den upphandlande myndigheten. I det aktuella fallet har ett

anbuds försegling visserligen brutits men detta har skett efter det att anbudstiden har gått ut och övriga anbud redan öppnats. Själva öppningen av Attacus anbud skedde den 20 augusti 2012 i enlighet med de formkrav som LOU uppställer avseende anbudsöppning. Om enbart omständigheten att ett i rätt tid inkommet anbud inte funnits med vid den första anbudsöppningen skulle medföra att hela upphandlingen ska göras om, utan möjlighet för den upphandlande myndigheten att göra en rättelse, skulle det innebära att upphandlingar under aktuella omständigheter alltid skulle göras om. En sådan tolkning är oproportionerlig i förhållande till syftet med den aktuella bestämmelsen.

Skadebedömningen ska enligt Östersundshems uppfattning delas upp i två delar. För det första kan bolaget, mot bakgrund av det ovan sagda, inte anses ha lidit skada i den delen att Östersundshem iakttagit likabehandlingsprincipen och upptagit Attacus anbud till prövning. För det andra har bolaget inte lidit skada av det eventuella brottet mot 15 kap. 11 § LOU då anbuderna inte öppnats före anbudstidens utgång.

Fullmakten har undertecknats av Östersundshems verkställande direktör som har behörighet att dels själv föra Östersundshems talan vid överprövningar av förevarande slag och även befullmäktiga annan att göra det i hans ställe. Att föra talan i mål avseende överprövning av upphandlingar ingår i den löpande förvaltningen och utgör därför en sådan åtgärd som ankommer på verkställande direktören.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Aktuella bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 5 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning.

Rättelsen av det första tilldelningsbeslutet m.m.

Östersundshem beslutade i ett tilldelningsbeslut den 17 augusti 2012 att anta bolagets anbud i den aktuella upphandlingen. Sedan fel i anbudshanteringen uppmärksammats meddelade Östersundshem den 24 augusti 2012 att man avsåg att göra en ny anbudsutvärdering. Den 6 september 2012 meddelade Östersundshem ett nytt tilldelningsbeslut varvid Attacus anbud antogs. Något kontrakt mellan Östersundshem och bolaget har inte slutits i den aktuella upphandlingen.

Den första fråga som förvaltningsrätten har att ta ställning till i målet är således om det varit möjligt för Östersundshem att ändra det först fattade tilldelningsbeslutet. Av praxis från kammarrätterna följer att en upphandlande myndighet på eget initiativ kan rätta eller ompröva sitt tidigare ställningstagande och meddela ett nytt tilldelningsbeslut så länge något kontrakt inte har slutits. En rättelse eller en omprövning får emellertid inte göras i syfte att kringgå bestämmelserna i upphandlingsdirektiven, LOU eller på sådant sätt att de grundläggande unionsrättsliga principerna träds förnär (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 23 augusti 2006 i mål nr 621-06 och Kammarrätten i Stockholms beslut den 19 juli 2010 i mål nr 3503-10). Den upphandlande myndigheten är, under förutsättning att de ovannämnda förutsättningarna är uppfyllda, således oförhindrad att ompröva och rätta ett tilldelningsbeslut i t.ex. situationer där fel vid anbuds-

hanteringen har uppmärksammats. Något formellt hinder mot att ompröva det första tilldelningsbeslutet finns således inte.

Nästa fråga som förvaltningsrätten ska ta ställning till är om det fanns grund för Östersundshem att återkalla och ompröva det först fattade tilldelningsbeslutet. Av förfrågningsunderlaget i den aktuella upphandlingen, AFB.32, framgår att anbud ska vara Östersundshem till handa senast den 15 augusti 2012. Bolaget har i målet bl.a. gjort gällande att Attacus anbud bör anses vara för sent ingivet till Östersundshem då det aktuella anbudet inkomststämplades av den interna postverksamheten den 16 augusti 2012. Östersundshem har å sin sida bl.a. gjort gällande att Attacus anbud är att anses som inkommet den 15 augusti 2012 genom att det inlämnades i kundtjänstens reception den dagen.

Östersundshem är ett kommunägt bolag och omfattas därför inte av förvaltningslagen (1986:223). För upphandlande myndigheter som inte omfattas av bestämmelserna i förvaltningslagen regleras tidsfristerna i stället av bestämmelserna i rådets förordning (EEG, Euroatom) nr 1182/71 av den 3 juni 1971 om regler för bestämning av perioder, datum och frister (artikel 1 i den aktuella förordningen). I artikel 3, 2 p. b) i den aktuella förordningen anges att en tidsfrist uttryckt i dagar ska inledas vid början av första dagens första timme och upphöra vid utgången av sista dagens sista timme. För att Attacus anbud ska anses ha kommit in i rätt tid ska det ha kommit Östersundshem till handa den 15 augusti före kl. 24.00. Utredningen i målet visar att Attacus anbud inkomststämplades som inkommet till Östersundshem den 16 augusti 2012. Av utredningen i målet framgår vidare att det på kuvertet innehållande det aktuella anbudet även finns en handskriven anteckning med tidsangivelsen 14.28 samt datumangivelsen 15 augusti 2012. Det saknas anledning att tro annat än att anteckningen gjorts av personal i receptionen på sätt Östersundshem uppgivit. Förklaringen får därför anses trovärdig. Vid en sammantagen bedömning av utredningen i

målet finner förvaltningsrätten att det kan antas att Attacus anbud funnit hos Östersundshem redan den 15 augusti 2012. Attacus anbud har därmed inkommit till Östersundshem inom den angivna anbudstiden.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandling genomföras i enlighet med likabehandlingsprincipen enligt vilken upphandlande myndighet har en skyldighet att behandla leverantörer på ett likvärdigt sätt. Mot bakgrund av att Attacus anbud inkommit innan anbudstidens utgång har Östersundshem i enlighet med likabehandlingsprincipen haft en skyldighet att pröva Attacus anbud. Det har i målet inte framkommit att det nya tilldelningsbeslutet medför att de grundläggande principerna i LOU eller de unionsrättsliga principerna träds förnär. Förvaltningsrätten finner därmed att det fanns grund för Östersundshem att återkalla sitt tidigare tilldelningsbeslut och utvärdera Attacus anbud.

Anbudsöppningen

Förvaltningsrätten konstaterar att anbudsöppningen ska ske enligt de formkrav som uppställs i LOU. Anbudena i upphandling ska enligt 15 kap. 11 § LOU öppnas samtidigt av minst två personer som utsetts av den upphandlande myndigheten. Samtliga anbud ska föras upp i förteckning och signeras av de deltagande. Vidare anges i 15 kap. 15 § LOU att den upphandlande myndigheten ska pröva alla de anbudsansökningar och anbud som kommit in i rätt tid. Bolaget har i målet bl.a. gjort gällande att anbudsöppningen i den aktuella upphandlingen inte skett i enlighet med formkraven i 15 kap. 11 § LOU och att upphandlingen av denna anledning ska göras om.

Av utredningen i målet framgår att kuvertet innehållande anbudet från Attacus öppnades separat från övriga anbud den 17 augusti 2012 av en ansvarig handläggare på Östersundshem. Efter att handläggaren öppnat anbudet återförslöt han kuvertet. En förnyad anbudsöppning av samtliga anbud i den aktuella upphandlingen genomfördes den 20 augusti 2012 i närvaro av

två handläggare på Östersundshem. Förvaltningsrätten konstaterar att två tidpunkter för anbudets ankomst till den upphandlande myndigheten samt uppgift om upphandlingen som anbudet avsåg framgick av kuvertet innehållande det aktuella anbudet. Östersundshem har anfört att tjänstemannen öppnade kuvertet för att konstatera att det var ett anbud i den aktuella upphandlingen. Någon ytterligare kontroll har inte gjorts och Östersundshem menar att den egentliga öppningen skedde på föreskrivet sätt den 20 augusti. Förvaltningsrätten konstaterar att två oförenliga bestämmelser här står mot varandra. Dels ska anbuden öppnas samtidigt, dels ska alla rättdiga anbud prövas. Som regel bör anbud inte öppnas förrän två dagar efter det att sista anbudsdag passerats, för att alla anbud ska ha hunnit komma in (se Andrea Sundstarand, Offentlig upphandling – LOU och LUF s. 40).

Förvaltningsrätten bedömer att det saknas anledning att ifrågasätta vad Östersundshem uppgivit angående händelseförloppet. Den omständigheten att tjänstemannen öppnade kuvertet innehållande anbudet och sedan återförslutit det, kan därför enligt förvaltningsrättens mening, inte anses vara en anbudsöppning enligt 15 kap. 11 § LOU och har därför inte påverkat upphandlingsförfarandet. Enligt Sundstrand (a.a. s. 168) är huvudregeln att alla anbud ska öppnas samtidigt, men eftersom det konstaterats att Attacus anbud kommit in i tid och alla anbud ska utvärderas, har Östersundshem handlat rätt som gjort en ny anbudsöppning den 20 augusti.

Förvaltningsrätten konstaterar att det ankommer på sökande att visa att den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU på ett sätt som medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrätten finner att det som bolaget har anfört i målet inte visar att Östersundshem i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot LOU på ett sådant sätt att bolaget har lidit eller riskerat att lida skada. Förvalt-

ningsrätten finner därmed att det saknas skäl att vidta någon åtgärd enligt LOU. Överklagandet ska således avslås.

Vad avser bolagets invändning mot giltigheten av fullmakten som Östersundshems ombud har givit in i målet konstateras att ombud för Östersundshem antecknats i målet. Invändningen föranleder inte något vidare yttrande från förvaltningsrättens sida.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten, när förlängd avtalsspärr råder, inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C LOU).



Kerstin Widmark



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1C LOU